Der accessorische Charakter des Pfandrechts im Römischen Recht

und nach

modernen deutschen Hypothekenordnungen.

Dissertation

zur

Erlangung der Doctor-Würde

der

hohen juristischen Fakultät

der Königlich Bayerischen Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt

im September 1895

von

Paulin Baum

Referendar.

BONN.

Buchdruckerei von A. Henry.

1895.

Seinen lieben Grosseltern

der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0162

Von den übrigen dinglichen Rechten an fremder Sache ist das Pfandrecht wesentlich verschieden; einmal durch seinen Inhalt, dann durch seinen Zweck.

Durch seinen Inhalt insofern, als es dem Pfandberechtigten durch die Veräusserungsbefugniss das Recht gibt, die vollständige Aufhebung des Eigentums des Verpfänders herbeizuführen, während die übrigen dinglichen Rechte an fremder Sache das Eigentum nur beschränken.

Sodann ist aber auch der Zweck des Pfandrechts ein wesentlich anderer als der der übrigen dinglichen Rechte an fremder Sache. Letztere haben ihren Zweck in sich selbst: sie gewähren dem Berechtigten einen Vermögensvorteil; das Pfandrecht hingegen ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel, die Erreichung eines andern Zwecks — nämlich Tilgung einer Forderung — zu sichern. In dieser Sicherung der Forderung besteht der ganze Wert, den es für den Pfandberechtigten hat.

Weil das Pfandrecht kein selbständiges Recht ist, sondern eine Forderung voraussetzt, hat man es ein accessorisches Recht genannt.

Streitig ist, was unter „accessorisch" zu verstehen ist.

Nach den Begriffsbestimmungen der Lehrbücher ist Accession eine Sache, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zu einer andern Sache steht. Es können aber auch Rechte Accessionen sein und in der l. 43 D. de solut. 46,3 wird das Pfandrecht ausdrücklich als accessio bezeichnet.

Worin besteht nun der accessorische Charakter des Pfandrechts?

Es bestehen — mit vielen Abweichungen in einzelnen Punkten — zwei Hauptmeinungen darüber. Nach

der einen, hauptsächlich von Dernburg[1]), Fitting[2]), Schott[3]) aufgestellten Ansicht besteht die Abhängigkeit des Pfandrechts von der Forderung ausschliesslich darin, dass es dem Gläubiger diese sichern soll, also Mittel zur vollständigen Verwirklichung seines Rechts, sonst aber unabhängig von der Forderung ist, so dass es vor derselben entstehen und nach Tilgung derselben weiterbestehen kann.

Nach der andern, von den meisten ältern Schriftstellern und neuerdings von Vangerow-Windscheid vertretenen Meinung ist das Abhängigkeitsverhältnis derart, dass die Forderung eine Existenzbedingung des Pfandrechts bildet, Mangel oder Wegfall der erstern auch Nichtentstehung oder Untergang des letztern zur Folge haben.

Aus dem Wesen des Pfandrechts und den Entscheidungen der Quellen geht hervor, dass die letztere Ansicht, wonach die Forderung Existenzbedingung des Pfandrechts ist, die richtige ist, und es soll im Folgenden eine Begründung derselben und eine Widerlegung der gegnerischen Meinungen versucht werden.

I. Pfandgläubiger kann nur der Forderungsgläubiger sein. Der Zweck des Pfandrechts ist Sicherung einer Forderung. Wäre nun Jemand Pfandgläubiger, dem die Forderung, die die Grundlage des Pfandrechts ist, nicht zusteht, so hätte er ein Recht, das gar keine Bedeutung für ihn hätte, da ihm das Interesse, die Voraussetzung eines jeden Privatrechts, fehlt[4]).

II. Es kann ein Pfandrecht ohne Forderung nicht entstehen. Es folgt dies aus dem Begriffe des Pfand-

1) I. § 69.

2) S. 42—44. Siehe auch Bechmann Dotalrecht, I. S. 187—190.

3) Jahrbücher für Dogm. XV. S. 1 ff. 59. Dernburg S. 515 nimmt an, dass das Pfandrecht mit der Forderung erlösche.

4) Exner S. 190: „Wo der Zweck fehlt, hat das auf ihn gerichtete Mittel als solches weder Sinn noch Existenzberechtigung."

rechts. Könnte letzteres der Forderung zeitlich vorangehen, so müsste es, da es da es doch ohne sie bestände, ein selbständiges Recht sein; es ist aber eine accessio. Und wie, wenn die Forderung nicht zustande kommt? Es wäre dann ein Recht entstanden und bestände, das gar keinen Sinn und Inhalt hat, ein Recht ohne Interesse des Berechtigten [1]).

Von den Verteidigern der entgegengesetzten Ansicht, Dernburg, Fitting, Schott, wird eine Anzahl Quellenstellen angeführt, in denen der Gläubiger einer Forderung, die bei Abschluss des Pfandvertrages noch nicht entstanden ist, geschützt wird gegenüber einem andern Gläubiger, dem dieselbe Sache später, aber für eine bereits bestehende Forderung verpfändet wurde. Daraus schliessen sie, dass das Pfandrecht vor der Forderung entstanden sein müsse.

Der Grund, weshalb der Gläubiger der noch nicht entstandenen Forderung seine Rechte vor dem spätern geltend machen darf, ist ein ganz anderer. Nicht, weil sein Pfandrecht etwa früher entstanden wäre, sondern weil er in der Reihenfolge der Gläubiger vorsteht. „Es kann ein Pfandrecht sehr wohl seinen Rang haben von einer Zeit, wo es noch nicht existent war. Dies ist dann der Fall, wenn vor der Entstehung des Pfandrechts der Grund zu demselben in einer den Schuldner (den Eigentümer der Pfandsache) bindenden Weise gelegt war“ [2]).

Ist also die Forderung

1) betagt, so ist es notwendig auch das Pfandrecht,

---

1) Dernburg, der die Möglichkeit der Entstehung des Pfandrechts vor der Forderung annimmt, sagt, es existiere ein solches Pfandrecht nur für den Fall des künftigen Entstehens der Pfandschuld. I. S. 526. Entsteht die Forderung wider Erwarten nicht, so muss das Pfandrecht, das schon entstanden war, wieder untergehen. Dernburg I. S. 527 lässt es erlöschen, als hätte es nie bestanden.

2) Windscheid, Pand, § 242 S. 845.

selbst wenn dies bei seiner Bestellung nicht erklärt wurde [1]).

l. 5 D. quib. mod. pign. 20,7. Si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intellegitur, de hypotheca quoque idem pactus esse.

Der Gläubiger darf die Forderungsklage erst nach einem Jahre anstellen, zugleich gilt dasselbe von der Pfandklage; die Befristung der Forderung ist also gleichzeitig Befristung des Pfandrechts.

l. 9 pr. D. qui pot. 20,4.

Zum 1. Juli hat jemand ein Bad gemietet und für die Bezahlung des Mietzinses dem Vermieter an einem Sklaven Eros ein Pfandrecht bestellt. Denselben Sklaven verpfändet er darauf, aber noch vor dem 1. Juli, einem andern Gläubiger für ein Darlehn, das er sofort erhielt. consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem locatorem praetor tueri debere, respondit debere.

Auch in diesem Fall entsteht das Pfandrecht mit dem Eintritt des Tages, also am 1. Juli; der Grund, weshalb der Vermieter trotzdem dem andern Gläubiger vorgeht, liegt darin, dass er, obwohl sein Pfandrecht später entsteht, den Vorrang hat, weil zu seinem Pfandrecht schon „in einer den Verpfänder bindenden Weise der Grund gelegt“ war.

Ist die Forderung

2) bedingt, so ist es auch das Pfandrecht, selbst wenn es unbedingt bestellt worden ist [2]).

l. 5 pr. D. de pign. 20,1.

Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione — sive pura sit obligatio sive sub condicione. *Sedet in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio exstiterit*, d. h. tritt die Bedingung nicht ein, so entsteht auch kein Pfandrecht; es ist letzteres ebenso bedingt wie die Forderung.

l. 13 § 5 cod.

---

1) Huschke, Zeitschr. für Civilrecht u. Prozess. S. 161 ff.
2) Huschke S. 146 ff.

Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ande condicionen non recte agi cum nihil interim debeatur: sed si sub condicione debiti con dicio venerit, rursus agere poterit. Es kann aus dem für eine bedingte Forderung bestellten Pfandrecht nicht geklagt werden, *weil vor Eintritt der Bedingung nichts geschuldet wird:* eine Bedingung der Forderung ist also auch eine Bedingung des Pfandrechts und die Entstehung des Pfandrechts abhängig vom Entstehen der Forderung.

Ist die Forderung

3) zukünftig, so entsteht das Pfandrecht auch nur dann, wenn und in dem Zeitpunkte, wo die Forderung entsteht.

Ueber den Begriff einer zukünftigen Forderung gehen die Meinungen der Schriftsteller auseinander. Ob wir nun den Begriff enger oder weiter fassen, ob wir wir mit Sintenis[1]) eine befristete Forderung darunter verstehen, — was trotz der l. 89 D. de v. o. 45,1, wo eine befristete Forderung eine zukünftige genannt wird, zu eng ist, — ob wir mit Brinz[2]) solche Obligationen darin sehen, die sich innerhalb eines Contrakts entwickeln können, ob wir mit Baron[3]) annehmen, dass schon ein obligatorisches Band vorhanden sein müsse, oder ob wir endlich mit Windscheid[4]) eine zukünftige Obligation eine solche nennen, zu der noch nicht einmal der Grund gelegt worden ist, — in allen Fällen entsteht das Pfandrecht erst mit der Forderung.

l. 11 pr. D. qui pot. 20,4.

Es hat Jemand ein Pfandrecht bestellt für ein Darlehn, das er in Zukunft etwa aufnehmen werde; darauf verpfändete er dieselbe Sache einem andern Gläubiger für ein Darlehn, das er gleich erhielt. Dieser letztere Gläubiger wird geschützt.

---

1) § 11 S. 58—60.
2) S. 295.
3) § 204 S. 346.
4) § 225 Anm. 6.

Könnte das Pfandrecht vor der Forderung entstehen mit Abschluss des Pfandvertrages, so hätte der Prätor dem ersten Gläubiger geben müssen. Es muss also das Pfandrecht erst mit der Forderung entstehen.

Dass das Pfandrecht des ersten Gläubigers dem des andern nicht vordatirt wird, hat darin seinen Grund, dass der Verpfänder noch gar nicht gebunden war und gar kein Darlehn zu nehmen brauchte.

l. 18 D. qui pot. 20,4.

Titius hat für Kapital und Zinsen sich ein Pfandrecht bestellen lassen. Sein Schuldner hat dann an demselben Gegenstand für ein Darlehn dem Maevius ein Pfandrecht gegeben. Auch für die Zinsen, die erst nachdem die Sache dem Maevius verpfändet worden ist, geschuldet werden, geht das Pfandrecht des Titius dem des Maevius vor.

Die Zinsen sind zukünftige Forderungen und ein Pfandrecht für dieselben kann erst mit ihrer Fälligkeit entstehen; weil aber hier schon ein obligatorisches Band vorhanden ist, datirt das Pfandrecht für die Zinsen vom Abschluss des Zinsvertrages.

Es kann also, wie sich aus dem Begriffe dea Pfandrechts ergibt und wie gewichtige Quellenbeispiele zeigen, ein Pfandrecht der Forderung zeitlich nicht vorangehen.

Ist nun ein Pfandrecht für eine solche noch nicht existente Forderung bestellt worden, so fragt sich, welche Wirkung diese Verpfändung in Bezug auf das Pfandobjekt in der Zwischenzeit bis zur Entstehung der Forderung hat.

Hängt es vom blossen Willen der Parteien ab, ob überhaupt eine Forderung entstehen wird, so hat die Verpfändung gar keine Wirkung[1]).

Ist dagegen schon ein gewisses obligatorisches Band vorhanden, so nehmen wir am besten mit Wind-

1) Siehe die oben erwähnte l. 11 pr. D. qui pot. 20,4.

scheid[1]) eine „Pfandgebundenheit“[2]) an, deren Wirkung sich ja in der Datirung der zu verschiedenen Zeiten entstandenen Pfandrechte zeigt.

III. Mit dem Wegfall der Forderung fehlt eine der begrifflichen Voraussetzungen des Pfandrechts; mit ihr geht auch das Pfandrecht unter[3]).

l. 43 D. de solut. 46,3.

In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora.

Es ist gleichgiltig ob die Forderung ipso iure oder ope exceptionis untergegangen ist.

l. 5 pr. D. quib. mod. 20,6.

Solvitur hypotheca et si ab ea discedatur aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat; nisi si quis dicat pactum interpositum esse ut a persona non petatur. et quid si hoc actum sit, cum forte alius hypotecam possidebit? sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem et in hoc casu possunt dici, ut ab ea hypotheca discedatur.

Ist also die Forderung exceptione perpetua untergegangen, so erlischt das Pfandrecht auch, selbst wenn der Pfandgegenstand sich im Besitze eines dritten befindet.

Die Forderung muss aber ganz untergegangen sein, — es muss also auch ihr letzter Rest getilgt worden sein — *und in jeder Beziehung:* bleibt also eine Naturalobligation übrig, so dauert, wie sich später zeigen wird, das Pfandrecht fort, mit Ausnahme eines ebendort zu erwähnenden Falles.

Von dieser eben aufgestellten Regel, dass mit Untergang der Forderung auch das Pfandrecht wegfalle, müssen wir aber eine Reihe sehr wichtiger Ausnahmen

1) S. 847.

2) Exner, Pfandrechtsbegriff S. 100 spricht von einem unentwickelten Pfandrecht. Ihering, Jahrb. X, S. 484, nimmt eine passive — dingliche — Gebundenheit der Pfandsache an.

3) Nur von Schott bestritten, der in direktem Widerspruch mit den Quellen steht.

machen. Es gibt nämlich Fälle, in denen es eine Unbilligkeit gegen den Gläubiger wäre, wenn der Untergang der Forderung den des Pfandrechts mit sich führte. Das römische Recht hat deshalb das Prinzip der accessorischen Natur des Pfandrechts nicht überall konsequent durchgeführt, sondern mit Rücksicht auf Zweckmässigkeit und Billigkeit in vielen Fällen trotz Untergang der Forderung ein Weiterbestehen des Pfandrechts zugegeben. Die Rücksicht auf die Billigkeit ist wenigstens der wahre Grund des Fortbestehens des Pfandrechts; die römischen Juristen dagegen nehmen, um wenigstens formell dem Pfandrecht den ihm innewohnenden accessorischen Charakter zu wahren, in den Fällen, in denen trotz vollständig untergegangener Forderung das Pfandrecht fortbesteht, ein Weiterbestehen auch der Forderung als einer naturalis obligatio an und so sagt Paulus in l. 61 pr. D. ad S. C. Treb. 36,1. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio[1]).

Die Fälle sind teils solche, in denen nach Untergang der Forderung das Pfandrecht auf eine neue, an ihre Stelle tretende übertragen wird, teils solche, in denen trotz vollständigen Untergangs der Obligation, und ohne dass an ihrer Stelle eine neue begründet wird, das Pfandrecht fortdauert, so dass der Gläubiger den Anspruch der ihm aus der untergegangenen Forderung zustand, mit dem Pfandrecht in der Höhe, in der das Pfand haftet, geltend machen kann.

Selbstverständlich ist, dass nur in diesen letzten Fällen des völligen Untergangs der Forderung die Annahme des Fortbestehens einer Naturalobligation zur formellen Aufrechterhaltung des accessorischen Charakters des Pfandrechts notwendig und möglich war.

A. Betrachten wir diese Fälle zunächst:

1. Ist die Forderung durch Verjährung unterge-

1) Windscheid S. 870, Anm. 3.

gangen, so bleibt das für sie bestellte Pfandrecht bestehen bis zur Verjährung der Pfandklage[1]).

Es ergiebt sich dies aus l. 3. l. 7 C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7,39.

In der l. 3 cit. ordnet Theodosius an, dass die actiones in rem speciales und die de universitate, ferner auch die persönlichen Klagen in 30 Jahren verjähren sollen und sagt dann: eodem valente etiam in eius persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare.

Es soll also auch gegen den dritten Verpfänder die Klage in 30 Jahren verjähren; gegen den Pfandschuldner soll folglich die Klagenverjährung hinsichtlich des Pfandrechts nicht stattfinden, dasselbe also gegen ihn auch nach Untergang der Forderung durch Verjährung bestehen bleiben.

Die l. 7. § 1 cit. ändert dies dahin, dass die Pfandklage gegen den Schuldner und dessen Erben in 40 Jahren verjähren soll.

Quam ob rem inbemus hypothecariam persecutionem, quae rerum movetur gratia vel apud debitores consistentium vel apud debitorum heredes, non ultra quadraginta annos, ex quo competere coepit, prorogari.

Die Forderungsklage verjährt in 30 Jahren, die Pfandklage in 40; sind also Forderung und Pfandrecht gleichzeitig begründet worden, so dauert nach Untergang der Forderung das letztere noch 10 Jahre länger fort; ist das Pfandrecht später als die Forderung bestellt worden, so überdauert es sie 10 Jahre und die Zeit, die zwischen der Entstehung der Forderung und der des Pfandrechts liegt.

2. Ist die Forderung durch Konfusion unterge-

---

1) Ob es eine Verjährung bloss der Pfandklage oder auch des Pfandreehts gebe, ist sehr bestritten, für unsern Zweck aber unerheblich, da sich die Fälle für beides konstruiren lassen.

gangen, so bleibt trotzdem in zwei Fällen das Pfandrecht ganz bestehen.

a) l. 38 § 5 D. de solut. 46,3. Qui pro te apud Titium fideiusserat, pignus in suam obligationem dedit. Post idem heredem te instituit. Quamvis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit.

Es hat der Bürge für seine Bürgschaftsschuld eine Pfandrecht bestellt, dann den Schuldner zum Erben eingesetzt; infolgedessen geht die Bürgschaftsschuld unter; mithin müsste auch das Pfandrecht erlöschen. Quamvis ex fideiussoria causa non tenearis, bleibt doch das Pfandrecht bestehen. Der Grund der Aufrechterhaltung des Pfandrechts trotz gänzlich untergegangener Forderung ist die Rücksicht auf die Billigkeit gegenüber dem Pfandgläubiger, dem die Konfusion keinen Nachteil bringen soll.

b) l. 61 (59) pr. D. ad S. C. Treb. 36,1. Es hat der Schuldner den Gläubiger zum Erben eingesetzt, ihm aber ein Universalvermächtnis an seine (des Testators) Tochter auferlegt. Die Obligation, sagt Paulus, ist zwar durch Konfusion untergegangen; der Fideikommissar kann aber auf Herausgabe der Sache nicht klagen, denn der Fiduziar possidet rem quasi creditor und nicht quasi heres. Ja sogar, wenn die Sache im Besitz des Fideikommissars ist, steht dem Gläubiger die Serviana und die actio hypothecaria zu. Verum enim est, non esse solutam pecuniam, quem ad modum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. *Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit,* et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.

Wir sehen: eine rücksichtslose Durchbrechung des oben aufgestellten Grundsatzes, dass das Pfandrecht mit der Forderung untergehen müsse. Der Gläubiger, der die Erbschaft restituieren muss, soll vor Schaden behütet werden und durch sein Weiterbestehen erfüllt das Pfand-

recht seinen Zweck, die Sicherung der Forderung. Wie sehr aber die Römer an dem Gedanken des accessorischen Charakters des Pfandrechts festgehalten haben, zeigt der Schlusssatz: Remanet propter pignus naturalis obligatio. Es war ihnen undenkbar, dass ohne Forderung ein Pfandrecht bestehen könne; da es nun unbillig gewesen wäre, es untergehen zu lassen und sie zur Aufrechterhaltung gezwungen waren, nahmen sie an, dass zur Erhaltung des Pfandrechts die Forderung als eine natürliche weiterbestehe.

B. Nicht ganz so schroff ist der accessorische Charakter des Pfandrechts aufgegeben worden in den Fällen der sogenannten hypothekarischen Succession, in denen bei Untergang der Forderung das Pfandrecht auf eine neue, anstelle der alten tretende Forderung übertragen wird und nun für diese haftet; selbstverständlich nur in demselben Umfang wie für die alte Forderung. Auch diese Ausnahme ist wieder im Interesse der Billigkeit gemacht worden, um einem Pfandrecht vor andern nachstehenden Pfandrechten seinen Rang zu wahren[1]).

Die Fälle der hypothekarischen Succession sind:

1. Wird über eine Forderung eine Novation abgeschlossen, so geht gewöhnlich mit der ursprünglichen Forderung auch das dafür bestellte Pfandrecht gemäss seinem accessorischen Charakter unter. Es können aber die Parteien vérabreden, dass das Pfandrecht von der alten Forderung auf die neue übertragen werden und für diese in demselben Masse wie für die frühere haften soll.

l. 11 § 1 D. de pign. act. 13,7.

Novata autem debiti obligatio pignus perenit, nisi convenit, ut pignus repetatur.

Vertrag kann also das Pfandrecht auf die novierte Forderung übergehen lassen.

1) Vergl. Windscheid § 233 f. S. 805 und Dernburg II. § 161 S, 400.

l. 3 pr. D. qui pot. 20,4.

Jemand hat dieselbe Sache zwei Gläubigern nacheinander verpfändet. Die Forderung des ersten wird noviert, sein Pfandrecht aber aufrechterhalten tamquam in suum locum succedenti. Rückte er nicht gleichsam in seinen frühern Rang ein, dann müsste der nächst folgende seine Stelle in der Reihenfolge der Gläubiger einnehmen und er verlöre den Schutz für seine Forderung. Die Unbilligkeit, die darin läge, wird durch das Bestehenbleiben des Pfandrechts vermieden.

2. Ein dritter giebt Geld zur Befriedigung des vorstehenden Pfandgläubigers; er rückt, wenn er dies sich vorbehält, in dessen Pfandrecht ein.

l. 12 § 8 D. qui pot 20,4.

Jemand hat dem Titius für ein Darlehn sein Grundstück verpfändet. Darauf bestellt er dem Maevius, von dem er sich ebenfalls ein Darlehn geben lässt, ein Pfandrecht an demselben Grundstück für den Fall der Befriedigung des Titius. Nun bietet ihm ein Dritter Geld an, um die Schuld an Titius zu bezahlen, behält sich aber das Einrücken in dessen Pfandrecht vor. Hic tertius creditor secundo praeferendus est, entscheidet der Jurist den Streit über die Rangfrage.

3. Einen ähnlichen Fall enthält die l. 12 § 9 D. qui pot. 20,4. Der nachstehende Pfandgläubiger, der für seine Forderung ausserdem noch ein Pfandrecht an einer andern Sache hat, willigt in den Verkauf dieser letztern, damit der vorstehende befriedigt werde und er in dessen Pfandrecht einrücke: successurum cum Papinianus scripsit.

4. Der Käufer eines Pfandes rückt, wenn mit dem Kaufpreis der vorstehende Pfandgläubiger abgefunden worden ist, in dessen Pfandrecht ein.

l. 3 § 1 D. de distr. pign. 20,5.

Der Schuldner hat mit Zustimmung des vorstehenden Gläubigers die Pfandsache verkauft und dieser ist

aus dem Kaufpreis befriedigt worden; nun succediert der Käufer auch ohne Vertrag in die Stelle des abgefundenen Pfandgläubigers: nihil enim interest, debitor pignus datum vendiderit an denuo pignori obliget. Es lassen also die Billigkeitsrücksichten die Römer so weit gehen, ein Pfandrecht an der eigenen Sache ohne alle Forderung anzunehmen.

Aehnlich liegt der Fall der

l. 17 D. qui pot. 20,4,

Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

Der nachstehende Pfandgläubiger kauft von dem Schuldner das ihm an späterer Stelle verpfändete Grundstück, damit aus dem Erlös der vorstehende befriedigt werde. Nach Verhältniss der Summe, die der vorstehende Gläubiger erhält, rückt der nachstehende in das erstere Pfandrecht ein. Es haben also, wenn der vorstehende Pfandgläubiger nicht ganz befriedigt wurde, beide den Vorrang vor den übrigen Gläubigern; es haftet aber zunächst die ganze Pfandsache für die volle Befriedigung der ersten Gläubigers: Pignoris causa est indivisa.

5) Den Hauptfall der hypothekarischen Succession bildet das ius offerendi, das ist das jedem nachstehenden Pfandgläubiger zustehende Recht, durch Befriedigung des vorstehenden ipso iure in dessen Pfandrecht einzurücken.

So sagt Marcian in l. 12 § 9 D qui pot. 20,4 ganz deutlich:

Et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat.

Aus der Stelle geht hervor, dass der nachstehende Pfandgläubiger *von selbst* in das Pfandrecht des vorstehenden einrückt, dass also eine Uebertragung desselben nicht nötig ist: ius habet, ut succedat.

Weigert sich der vorstehende Gläubiger, die ihm angebotene Zahlung anzunehmen, so kann der nachstehende die Summe gerichtlich hinterlegen, womit der vorstehende als abgefunden gilt.

l. 1 C. qui pot. 8,17.

Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam percuniam solverit aut, *cum obtulisset isque accipere noluisset,* eam obsignavit et *deposuit* nec in usus suos convertit.

Das ius offerendi steht auch dem vorstehenden Pfandgläubiger gegen den nachstehenden zu. In der Justinianischen Kompilation findet sich zwar keine Stelle, aus der sich dies ergäbe, dach sagt Paulus sententiis receptis lib. II. 13,8.

Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit[1]).

Macht der nachstehende Pfandgläubiger bei Lebzeiten des Schuldners innerhalb 40, nach dessen Tode innerhalb 30 Jahren von dem ius afferendi keinen Gebrauch, so geht es durch Verjährung unter.

l. 7 § 3 C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7,39.

Eodem iure (wie bei Verjährung des Pfandrechts, s. o.) pro temporum computatione observando et si posterior creditor anteriori creditori offerre debitum paratus est et is creditor longaevam possessionis praescriptionem ei opponere conatur.

Die hier vorgetragene Ansicht von der hypothekarischen Succession — dass der nachstehende Pfandgläubiger in das *Pfandrecht* des vorhergehenden *eintrete* — ist die von Brinz-Windscheid vertretene; sie ist sehr bestritten und Windscheid selbst giebt zu, „dass sich zu einem zweifellosen Resultat kaum wird gelangen lassen[2]).

1) Vergl. Windscheid § 233 C. Anm. 11.
2) Pand. I. § 233 b. Anm. 16.

Zwei abweichende Auffassungen lassen sich hauptsächlich unterscheiden, von denen die eine, ältere, die besonders von Glück, Linde, Mühlenbruch verteidigt wird, annimmt, dass der nachstehende Pfandgläubiger *in die Forderung* des vorstehenden einrücke und mit dieser auch dessen Pfandrecht erwerbe. Die andere neuere Meinung, deren Hauptvertreter Dernburg ist, geht dahin, dass gemäss seiner accessorischen Natur mit der Forderung auch das Pfandrecht erlösche; es werde dem nachrückenden Pfandgläubiger aber ein *neues Pfandrecht* bestellt, dem kraft gesetzlicher Bestimmung der Rang des untergegangenen beigelegt werde. In der Anwendung auf den praktischen Fall besteht ein Unterschied zwischen der Dernburg'schen und der hier vertretenen Auffassung nthht.

Was zunächst die ältere Ansicht anbelangt, so behaupten Glück[1]) und Mühlenbruch[2]), dass in den Fällen der hypothekarischen Succession der nachstehende Pfandgläubiger durch Cession in Forderung des vorstehenden und damit in dessen Pfandrecht einrücke; im Fall des ius offerendi trete er ipso iure in die Eorderung ein, doch entstehe dasselbe Rechtsverhältnis wie durch Cession.

Ebenso behauptet Bachofen[3]): „Die Forderung und das Pfandrecht bleiben bestehen, aber der Inhaber ist ein anderer".

Die Stellen, auf die sich Glück[4]) beruft, enthalten die Ausdrücke pignus confirmare und in locum prioris creditoris succedere.

Pignus confirmare besagt, dass der nachstehende Pfandgläubiger insofern die Lage seiner Forderunh verbessert, als er durch die Succession gegen den Verkauf

1) Glück XIX, § 1097 I. u. IV.
2) Mühlenbruch S. 483 u. 486.
3) I. S. 512.
4) S. 353, 354.

des Pfandes durch den vorhergehenden Pfandgläubiger sicher gestellt wird[1]).

Aus succedere in locum folgt gewiss nicht notwenwendig ein Eintreten in die *Forderung;* es kann ebensogut ein Einrücken in das *Pfandrecht* bedeuten.

Es berufen sich Glück und Mühlenbruch noch besonders auf

l. 16 D. qui pot. 20,4.

Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit.

Läge in den Worten: in locum eius substituitur ein Nachrücken in die Forderung, so müsste, wie Brinz[2]) richtig bemerkt, der Einrückende vor der lex Anastasiane *den ganzen Betrag* der Forderung haben einklagen können, während er sie nach den Worten dieser Stelle — in ea quantitate, quam exsolvit, — also nur in der Höhe geltend machen kann, als er sie selbst abgetragen.

Er müsste ferner die Forderungsklage anstellen können, wovon die Quellen nirgends reden[3]) und, wenn für die Forderung in die er eintreten soll, noch weitere Pfandrechte bestellt waren, müsste er auch diese bekommen, obwohl er für diese gar nicht nachstehender Pfandgläubiger ist[4]).

Bachofen[5]) führt als Beweis für den Eintritt in die persönliche Forderung an die l. 22 C. de pig. et hypoth. 8,13.

Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus, et a debitore sortem eiusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras petere potest.

Der offerierende Pfandgläubiger kann allerdings

1) Windscheid § 233 b Anm. 11, S. 808.
2) S. 292.
3) Brinz, S. 292.
4) Windscheid § 233 b. Anm. 1 S.
5) S. 512.

sortem eiusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, petere, aber nicht, weil er etwa in die Forderung eingetreten wäre, sondern weil das Pfandrecht, in das er succedirt ist, übergegangen ist auf die Forderung, die ihm infolge der Abbezahlung des vorstehenden Pfandgläubigers zusteht, weshalb er auch nur soviel erlangen kann, als er selbst bezahlt hat (in ea quantitate, quam exsolvit). Aus den Worten der Quellen lässt sich also ein Uebergang der Forderung nicht nachweisen und aus den angeführten Gründen kann er nicht wohl stattfinden.

Uebrigens ist mit der vorgebrachten Meinung nicht in Einklang zu bringen der Fall der Novation, wo ein *Einrücken* in die Forderung doch unmöglich ist, da eine neue entsteht[1]).

Der Hauptvertreter der andern Ansicht, dass der nachstehende Pfandgläubiger weder in die Forderung, noch in das Pfandrecht des vorstehenden succediere, sondern, dass beide untergingen und ein neues Pfandrecht begründet werde, das kraft gesetzlicher Bestimmung den Rang des untergegangenen einnehme, ist Dernburg[2]).

Dies Pfandrecht lässt Dernburg im Fall der Novation und dann, wenn Jemand den vorstehenden Gläubiger mit dessen Einwilligung abfindet, durch Vertrag mit dem Schuldner entstehen; bei der Succession des Käufers nimmt er an, „dass das Eigentumsrecht eine dem getilgten Pfandrecht gleiche Stellung einnehme“;[3]) beim ius offerendi konstruiert er so: die Abfindung ist eine Verwendung auf das Pfandobjekt. Erstattung derselben verlangt der Gläubiger mit der actio pigneraticia in personam. Der pfandrechtliche Schutz erstreckt sich nun aber nicht nur auf das ursprüngliche Kapital, sondern auch auf die Verwendungen des Pfandgläubigers[4]).

1) Baron S. 193.
2) II. § 161. S. 425.
3) S. 515.
4) S. 520.

Diese Ansicht ist allerdings dem accessorischen Charakter des Pfandrechts ganz entsprechend, steht aber im Widerspruch mit den Entscheidungen der Quellen.

Es sagt die l. 11 § 1 D. de pig. act. 13,7: Novata antem debiti obligatio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur, d. h. wenn die Parteien so verabreden, bleibt das Pfandrecht bestehen und wird auf die novierte Forderung übertragen.

Dass aber wirklich das Pfandrecht auf die neue Forderung übergehe und dass kein neues entstehe, folgt aus l. 7 § 5. 6. D. de reb. eor. 27,9.

§ 5 cit. Wennn ein Tutor eine Mündelsache für eine Forderung ohne Erlaubnis des Prätors verpfändet, so ist die Verpfändung nichtig. Hat aber der Tutor das empfangene Geld zur Befriedigung eines anderen Pfandgläubigers verwendet, so hat der neue Gläubiger, wenn er den Besitz der verpfändeten Sache hat, eine exceptio doli. Er muss also, da das ihm zugedachte Pfandrecht nicht entstanden ist, in das des abgefundenen Pfandgläubigers eingerückt sein.

Noch deutlicher gegen die Dernburg'sche und für die hier vertretene Auffassung spricht § 6 cit.

Item videndum est, an et obligare ei rem possit: et dicendum est, si eandem sortem acceperit nec gravioribus usuris, valere obligationem, *ut ius prioris creditoris ad sequentem transeat.*

Es kann ein anstelle eines Gläubigers tretender neuer Gläubiger vom Tutor das an einer Sache bestehende Pfandrecht erwerben, wenn Forderung und Zinsfuss nicht verändert werden, in der Weise, dass das Recht des frühern Gläubigers auf den neuen übergeht

Wo die Quellen so deutlich von einem *Uebergang* des Pfandrechts sprechen, kann man nicht gut eine *Neubegründung* annehmen.

Ein Einrücken in das Pfandrecht folgt auch notwendig aus der

l. 3 D. quae res. pign. 20,3.

Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit, non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videanus, an dici possit, huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus ei liceat. Quod admittendum existimo; saepe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.

Trotzdem der nachstehende Pfandgläubiger aus der Uebereinkunft mit dem Verpfänder kein Verkaufsrecht geltend machen kann, steht ihm, wenn er den vorstehenden Gläubiger abfindet, dessen Verkaufsrecht zu. Er muss folglich in dessen Pfandrecht eingerückt sein.

Dernburg sucht diese Stelle mit seiner Auffassung in der Weise in Einklang zu bringen, dass er dem neubegründeten Pfandrecht ausser dem Rang auch eine Begünstigung beim Verkaufsrecht giebt und die Worte: non per oblivionem, sed cum hoc etc. als Interpolation ansieht[1]). Der wahre Grund, weshalb ihm das Verkaufsrecht trotz entgegenstehender Abrede bei Abschluss seines Pfandkontraktes zusteht, ist die Succession in das Pfandrecht.

Ebenso spricht gegen Dernburg's Auffassung l. 12 D. de reb. eor. 27,9.

Non fit contra senatus consultum, si cuius tutor creditori patris pupilli exsolvit, ut eius loco succedat.

l. 1 cit. enthält eine oratio von Severus, die den Kuratoren und Tutoren verbot, praedia rustica und suburbana zu veräussern (im weitesten Sinne: distrahere, also auch verpfänden). Dies Verbot wurde später in ein S. C. aufgenommen[2]).

Wenn nun, sagt unsere l. 12, ein Tutor einen Gläubiger des Vaters seines Mündels abbezahlt, so rückt er

1) S. 509, 510.

2) Vergl. hierzu den eine andere Auffassung vertretenden Bachofen S. 526 Anm. 5.

in dessen Stelle, ohne dass gegen das S. C. verstossen wird.

Es würde nun aber dies senatus consultum verletzt, wenn ein neues Pfandrecht entstände, denn als Tutor darf er keines bestellen; da nun das Einrücken in die Stelle des abgefundenen Gläubigers keine Verletzung des S. C. enthält, so muss es ein Einrücken in dessen Recht sein.

Die Dernburg'sche Auffassung ist also mit den Quellen unvereinbar, die Glück-Mühlenbruch'sche lässt sich aus ihnen zum wenigsten nicht nachweisen; wenn sich nun auch für die hier vorgetragene Ansicht ganz unzweifelhaft beweisende Stellen auch nicht finden lassen, so ist sie doch mit den Entscheidungen am besten in Einklang zu bringen und jedenfalls die wahrscheinlichste.

Dass die einzelnen Fälle, in denen nach Untergang der Forderung das Pfandrecht weiterbesteht, auf ein Prinzip nicht schliessen lassen, sondern Ausnahmen im Interesse der Billigkeit sind, ist bereits oben dargethan worden.

IV. Seinem Begriffe nach setzt das Pfandrecht als ascessorisches Recht eine Forderung voraus; ist also diese ungiltig, so ist es notwendig auch das Pfandrecht[1]).

Ist die Forderung

1. nichtig, so ist es auch das für sie bestellte Pfandrecht.

l. 11 § 3 D. de pig. 13,7.

Ist für ein Zinsversprechen eine Sache verpfändet worden, und hat der Gläubiger die Pfandsache im Besitz, so kann der Verpfänder bis zur Tilgung der Zinsschuld die Pfandsache nicht zurückfordern. Wohl aber, sagt der Jurist, kann er es, wenn er Zinsen über das erlaubte Maass versprochen und dafür ein Pfand gegeben hat.

1) Büchel 836.
Dernburg I. S. 540 ff.

Es ist also das Pfandrecht nichtig wegen Nichtigkeit der Forderung.

Ist die Forderung

2) anfechtbar, so ist zu unterscheiden, ob die exceptio rei oder personae cohaerens ist.

a) bei den exceptiones rei cohaerentes kommt es wieder darauf an, ob sie Jedem zustehen oder nur dem Hauptschuldner und den Personen, die gegen ihn Regress haben.

α) Steht die exceptio Jedem zu, gegen den die Forderung geltend gemacht wird, so kann, da keine Forderung zustande kommt, auch kein giltiges Pfandrecht entstehn.

Deutliche Quellenbeispiele giebt es für diesen Fall nicht, doch folgt die Hinfälligkeit des Pfandrechts einmal aus inneren Gründen; ferner ist die in einem solchen Fall geleistete Bürgschaft unwirksam und in vielen Beziehungen ist das Pfandrecht von den römischen Juristen der Bürgschaft analog behandelt worden.

l. 14 § 6 D quod metus 4,2.

Labeo ait, si quis per metum reus sit constitutus et fideiussorem volentem dederit, et ipse et fideiussor liberabitur.

Es wird also sogar der Bürge, der freiwillig für eine erzwungene Forderung Sicherheit geleistet hat, befreit und so dürfen wir dasselbe hinsichtlich des Pfandrechts annehmen.

β) Steht die exceptio dem Hauptschuldner und denen, die gegen ihn Regress haben, zu, so ist auch die von diesen Personen vorgenommene Verpfändung unwirksam.

l. 2 D. quae res pig. 20,3.

Hat jemand für die Intercessionschuld einer Frau eine Sache verpfändet, so steht auch ihm, gleichwie dem Bürgen, eine exceptio zu. *Sed et in eo, qui pro filio familias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt,* quae tractantur et in fideiussore eius.

Hat der dritte Verpfänder dagegen keinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner, so ist die Verpfändung giltig.

Wir müssen uns hier wieder auf die Analogie mit der Bürgschaft, die auch der Jurist der vorigen Stelle angewendet, berufen.

l. 9 § 3 D. de S. C. Maced. 14,6.

Non solum filio familias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque et mandatori eius, qui et ipse mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt: *tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit.*

Hat also der Bürge keinen Rückgriff, so kann er sich auf die exceptio des S. C. nicht berufen; dasselbe ist, besonders nach der vorigen Stelle, auch vom dritten Pfandbesteller anzunehmen.

b) Die exceptio ist personae cohaerens.

Diese höchst persönlichen Einreden kommen nur dem Schuldner zu gute, wenn er ein Pfandrecht bestellt hat, nicht aber dritten Verpfändern.

l. 7 pr. D. de excep. 44,1.

Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios.

Dass der Schuldner gegenüber der Pfandklage diese Einrede hat, ergiebt sich aus der Abhängigkeit des Pfandrechts von der Forderung.

Zu erörtern ist noch, ob, wenn Jemand wissentlich für eine nichtige oder anfechtbare Forderung ein Pfandrecht bestellt, er hierdurch die alte Forderung konfirmirt oder eine neue begründet.

a) Geht der Wille des Verpfändenden auf Begründung einer neuen Forderung und ist derselbe hinreichend erklärt, so entsteht, wenn alle sonstigen Voraussetzungen für das Zustandekommen eines giltigen Rechtsgeschäfts gegeben sind, die neue Forderung und mit ihr auch das Pfandrecht.

b) Wollte der Verpfänder nur die alte Forderung

bestätigen, so hat dies bei einer nichtigen oder untergegangenen Forderung keine Wirkung und es entsteht kein Pfandrecht.

Für das Pfandrecht besteht für diesen Fall kein ausdrückliches Quellenbeispiel, wohl aber für die analoge Bürgschaft.

l. 11 D. de fideiussoribus 46,1.

Es hat ein Haussohn gegen das S. C. Maced. ein Darlehn aufgenommen. Nach seinem Tode stellt sein Vater für die Schuld einen Bürgen. Die Bürgschaft ist nichtig, weil keine Obligation mehr besteht.

Bei einer bloss anfechtbaren Forderung dagegen entsteht, wenn die Forderung vorhanden und nur wegen einer verzichtbaren Einrede wirkungslos ist, das Pfandrecht und es wird die Schuld wirksam, soweit der Schuldner sie konfirmieren wollte.

l. 9 D. de S. C. Maced. 14,6.

Sed si pater familias factus rem pignori dederit: dicendum erit, senatus consulti exceptionem ei denegandum usque ad pignoris quantitatem.

In diesem Falle ist das Pfandrecht giltig bestellt und bis zum Werte des Pfandgegenstandes die Schuld konfirmiert.

Die Verpfändung ist jedoch nur wirksam, wenn sie vom Schuldner selbst ausgeht; das von einem dritten bestellte Pfandrecht ist nichtig[1]).

4. Ueberhaupt stehen alle Einreden, die gegen die Forderung geltend gemacht werden können, auch der Klage aus dem Pfandrecht entgegen: l. 33 D. de fideiuss et maud. 46,1: Ex persona ei et quidem invito reo exceptio fideiussori ceterisque accessionibus competere potest.

V. Wie wir eben gesehen, setzt das Pfandrecht eine *giltige* Obligation voraus; nicht aber ist notwendig,

1) Siehe hierzu die unter 1a angeführte l. 14 § 6 D. quod mebus 4,2.

dass dies eine *Civil*-Obligation sei; es genügt vielmehr zum Entstehen desselben eine Naturalobligation, als auch kann, wenn die Civilobligation sich nachträglich in eine bloss natürliche verwandelt, für diese das Pfandrecht vollwirksam weiterbestehn [1]).

Es sagt die l. 5 pr. D. de pign. 20,1. Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione — et vel pro civili, vel honoracia, *vel tautum naturali.*

Ebenso die l. 13 pr. D. de c. i 12,6. Naturaliter etiam servus obligatur — et pignus pro eo datum tenebitur.

Für das Weiterbestehen des Pfandrechts nach Verwandelung der civilen Obligation in eine natürliche spricht

l. 15 § 1 D. de pign. 20,1.

Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit.

Aehnlich die 2 C. de luit. pign 8,30.

Intellegere debes vincula pignoris durare personali actione submota.

Ist also die Forderung eine klaglose geworden, so besteht gleichwohl das Pfandrecht fort.

Die durch diese klaren Quellenzeugnisse bewiesene *Möglichaeit des Bestehens* des Pfandrechts für eine natürliche Verbindlichkeit ist von allen Schriftstellern *anerkannt; bestritten* dagegen sind die *Wirkungen* des eine Naturalobligation sichernden Pfandrechts und einige Schriftsteller wollen als solche nur ein Retentionsrecht gelten lassen. So stellt Weber[2]) die Regel auf: „Die Verpfändung für bloss natürliche, der gerichtlichen Wirkung nach eingeschränkte Verbindlichkeiten ist zwar an und für sich gültig; es finden aber deshalb nur die

1) Vangerow S. 800.
2) Siehe § 107 S. 130.

Rechtsmittel statt, die dem Gläubiger wegen der Hauptschuld zustehn."

Auch Glück [1]) spricht dem Gläubiger einer Naturalobligation die actio hypothecaria vollständig ab und will ihm nur ein Retentionsrecht mit Veräusserungsbefugnis geben, Rechte, die also nur der Faustpfandgläubiger geltend machen kann.

Ihre Ansicht stützen diese Schriftsteller darauf, dass das Pfandrecht als accessorisches Recht nie andere und grössere Wirksamkeit haben könne als die Hauptschuld habe. Habe also der Gläubiger aus der Hauptschuld keine Klage, dann könne er auch notwendig keine aus dem Pfandrecht haben.

Diese Auffassung des accessorischen Charakters ist eine unrichtige.

Allerdings setzt das Pfandrecht eine Forderung — sei es eine klagbare oder natürliche — voraus; ist diese aber vorhanden, so ist dasselbe vollwirksam.

Es geht dies daraus hervor, dass, selbst wenn die Forderung durch Verjährung oder in einigen Fällen durch Konfusion untergegangen ist, das Pfandrecht als vollgültiges und klagbares Recht fortbesteht. In diesen Fällen haben ja, wie oben gezeigt wurde, die Römer eine Fortdauer der Forderung als einer natürlichen angenommen und in dem erwähnten Fall der l. 59 pr. D. ad. S. C. Treb. 36,1 ausdrücklich trotz der angenommenen Naturalobligation die Pfandklage gegeben: Itaque *non tantum retentio, sed etiam petitio* pignoris nomine competit et solutum non repetetur.

Dass nicht nur Retention. sondern auch die actio hypothecaria dem Gläubiger zustehe, sagt auch

l. 27 D. de nox. act. 9,4.

Nullum enim pignus est, cuius persecutio negatur.

Eine Stelle, auf die sich Weber [2]) zum Beweise gegen unsere Ansicht beruft, ist die

1) Glück XIV § 864 S. 43, 44.

2) § 107 S. 128, Note 493.

l. 19 D. qui pot. 20,4.

— quaero, an si ei (sc creditori) iustus possessor offerat, compellendus sit, ius nominis cedere. respondi posse videri non iniustum postulare.

Es darf also, wenn der Pfandgläubiger gegen den dritten gutgläubigen Pfandbesitzer klagt, dieser gegen Herausgabe der Pfandsache die Abtretung der Forderung verlangen. Da nun, sagt Weber, bei einer Naturalobligation eine Forderung nicht abgetreten werden kann, so kann auch keine Pfandklage angestellt werden. Aus der Stelle folgt aber höchstens, dass der gutgläubige dritte Pfandbesitzer nicht belangt werden kann, wenn die Obligation eine natürliche geworden ist, und dies nicht einmal notwendig, da eine Abtretung auch der natürlichen Forderung sich ganz wohl denken lässt.

Es kann also jedenfalls bei Verpfändung für eine Naturalobligation auch die Pfandklage angestellt werden.

Zwei Ausnahmen müssen wir allerdings machen und zwar

1. bei den Naturalobligationen, deren Klaglosigkeit kraft positiver Bestimmung in odium creditorum eingeführt worden ist, also z. B. bei dem Pfandrecht, das für eine dem S. C. Macedonianum entgegen eingegangene Verbindlichkeit bestellt worden ist.

l. 2 D. quae res pign. 20,3.

Et in eo, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur, succurri ei, — sed et in eo, qui pro filio familias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt, quae tractantur et in fideiussore eius.

Trotz der bestehenden Naturalobligation ist also die Bestellung eines Pfandrechts für die Darlehnsschuld eines Hauskindes unwirksam, weil der Gläubiger für eine im Widerspruch mit dem Gesetz begründete Forderung nicht gesichert werden soll.

2. Bei der Naturalobligation, die übrig bleibt, wenn Schuldner mit Unrecht freigesprochen wurde.

l. 13 D. quib. mod. 20,6.

Si deferente creditore iuravit debitor se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si iudicio absolutus esset: *nam et si a iudice quam vis per iniuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur*[1]).

Abgesehen von diesen Ausnahmefällen ist das für eine Naturalobligation bestellte Pfandrecht folglich vollwirksam.

VI. Auch darin zeigt sich der accessorische Charakter des Pfandrechts, dass, wenn die Forderung sich verändert, es für diese in der veränderten Gestalt haftet.

1. Tritt anstelle der Forderung das Interesse, so folgt ihr das Pfandrecht auch in diese Gestalt.

2. Vergrössert sich die Pfandforderung, so haftet das Pfand auch für die Vergrösserung, z. B. für Verzugszinsen und Auslagen.

l. 8 § 5 D. de pign. act. 13,7.

Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt.

Ebenso l. 6 C. de pign. 8,13.

In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum vel ad quod aliud necessarium absequium praestitisse creditorem constiterit.

Wenn also ein Pfandgläubiger an dem verpfändeten Grundstück Besitz hatte, und öffentliche Abgaben zahlen musste, so haftet das Pfand auch für diese,

3. Verkleinert sich die Forderung, so haftet das Pfand für den Rest ebenso wie früher für die ganze Forderung; insbesondere dauert das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers urvermindert fort.

l. 6 C. de distr. pign. 8,27.

---

1) Dass, wenn ein unrichtiges, freisprechendes Urteil ergangen ist, eine Naturobligation übrig bleibe, sagt l. 60 D. de c. i. 12,6. enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet.

Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte maiore consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem.

Dass das Pfand vor vollständiger Abzahlung der Forderung nicht frei wird, sags auch

l. 85 § 6 D. de v, o. 45,1.

— non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.

4) Spaltet sich die Forderung in mehrere Teile, so haftet das Pfand für jeden derselben, wie früher für die ganze Forderung. In diesem Sinne spricht man von „Unteilbarkeit des Pfandrechts". Pignoris causa est indivisa.

l. 8 § 2 D. de pign. act. 13,7.

Einer der Erben des Schuldners hat seinen Teil der Schuld abbezahlt; das Pfand haftet für die übrigen Teile so, wie wenn der Schuldner die Teilsumme bezahlt hätte, also noch für jede Teilforderung ganz.

5. Auch auf Nebenforderungen, die zu der Hauptforderung hinzutreten, erstreckt sich das Pfandrecht, wenn der Wille der Parteien hierauf gerichtet war [1]).

l. 4 C. de usur. 4,32.

Wenn ein Zinsversprechen war oder bei der Verpfändung durch Stipulation oder blosses Paktum abgegeben wurde. so geht das Pfandrecht auch hierauf.

Hat aber nach Abschluss des Pfandvertrages der Schuldner in einem neuen Zinsversprechen sich verpflichtet, höhere Zinsen zu zahlen, so bezieht das Pfandrecht sich nicht auf die Zinserhöhung, da beim Verpfändungsakt der Wille der Parteien hierauf nicht gerichtet war.

b. Entsteht statt der ursprünglich beabsichtigten Obligation eine andere — z. B. das Darlehn entsteht nicht, weil der Geber nicht veräusserungsfähig war, nach redlicher Konsumtion hat er aber die condictio de bene

1) Vergl. Dernburg I. S. 551.

depensis — so wird, falls die Parteien nichts anderes verabredet haben, das Pfandrecht auch für die nicht nach dem Willen der Parteien entstandene Obligation gültig sein [1]).

VIII. Aendert sich die Person des Gläubigers dadurch, dass die Forderung durch Singular- oder Universsuccession auf einen Andern übergeht, so erhält, gemäss dem accessorischen Charakter des Pfandrechts, dieser mit der Forderung auch das letztere [2]).

1. Ist die Forderung durch Singularsuccession übertragen worden, so steht dem neuen Gläubiger auch das für dieselbe bestellte Pfandrecht zu.

l. 6 C. de O. et A. 4,10.

Si in solutum nomen debitoris sui debitor tibi dedit tuus, ac te in rem tuam procuratorem fecit, pignora quae specialiter vel generaliter habes obligata, prosequere.

Hat also der Schulder eine ihm zustehende Forderung, die durch ein Pfandrecht gesichert war, dem Gläubiger übertragen, so kann dieser, obwohl er nur für die Forderung zum procurator in rem suam gemacht worden war, auch die accessorischen Pfandrechte geltend machen; folglich muss mit der Forderung auch das Pfandrecht übergegangen sein.

2. Die Forderung ist durch Universalsuccession übergegangen. Das Pfandrecht folgt ihr in die Hand des Erwerbers.

l. 11 D. de distr. pign. 20,5.

Arbiter dividendae hereditatis, cum corpora hereditaria divisisset, nomina quoque communium debitorum separatim singulis in solidum adsignavit. Quaesitum est, an debitoribus cessantibus pro solido pignus vendere quisque potest. respondi posse.

---

1) Deutliche Quellenbeispiele hierfür fehlen; eine analoge Stelle für Bürgschaft siehe Dernburg I. S. 550.

2) Windscheid S. 804. Dernburg I. S. 560.

Der arbiter dividendae hereditatis hat den einzelnen Miterben Forderungen zugewiesen. Diese Forderungen waren pfandrechtlich versichert und über die Pfandansprüche hatte der Teilungsrichter nichts gesagt. Gleichwohl kann jeder Miterbe das für die ihm zugewiesene Forderung bestellte Pfandrecht geltend machen. Wegen seines accessorischen Charakters ist mit der Forderung auch das Pfandrecht von selbst übergegangen[1]).

3. In zwei Fällen kann Jemand, der dem Gläubiger Befriedigung anbietet, verlangen, dass ihm dieser die Forderung und das Pfandrecht übertrage[2]).

a) Wenn ein Bürge vom Pfandgläubiger ausgeklagt wird, muss dieser ihm die Pfandforderung abtreten.

l. 2 C. de fideiuss. 8,40 (41).

Wenn für dieselbe Schuld Pfandrecht und Bürgen bestellt wurden, kann der Gläubiger den Bürgen belangen. Quod cum facit, debet ius pignoris in eum transferre.

b) Wenn der rechtmässige Besitzer der Pfandsache vom Gläubiger belangt wird, so darf er, wenn er sich bereit erklärt, denselben zu befriedigen, verlangen, dass dieser ihm die Forderung übertrage.

Mit ihr geht auch das Pfandrecht über.

l. 19 D. qui pot. 20,4.

— quaero an si iustus possessor offerat, compellendus sit (sc. creditor). ius nominis cedere? Respondit posse videri non iniustum postulare[3]).

---

1) Dernburg II. S. 42.

2) Windscheid S. 804 Anm. 1.
Dernburg II. S. 363 ff.

1) Schmidt, Cessionslehre S. 282:
„Das ius nominis umfasst, wie die Basiliken bestätigen, sowohl die Pfandklage wie die damit verbundene persönliche Klage."

Der accessorische Charakter des Pfandrechts

nach

modernen deutschen Hypothekenordnungen.

Die Abhängigkeit des Pfandrechts von der Forderung lässt sich verschieden gestalten, je nachdem man in der Forderung eine begriffliche Voraussetzung des Pfandrechts sieht oder nicht.

Für die römischen Juristen ist die Forderung, wie wir gesehen, Existenzbedingung gewesen; allein auch sie haben schon in einzelnen Fällen aus praktischen und Billigkeitsrücksichten von diesem Grundsatz Ausnahmen gemacht; noch weiter geht das moderne Hypothekenrecht.

Im Anschluss an das ältere deutsche Pfandrecht hat dieses sich wesentlich formell gestaltet.

Der Grundsatz, dass ein Pfandrecht an Immobilien nur durch Eintragung in ein öffentliches Buch entstehen kann und — wenigstens dem gutgläubigen dritten Erwerber gegenüber — bis zur Löschung fortbesteht, geben dem modernen Pfandrecht eine formale Selbständigkeit. Jedoch ist auch das moderne Hypothekenrecht nicht unbeeinflusst von der römischen Auffassung geblieben, so sehr es sich sonst auch auf das ältere deutsche Pfandrecht stützt: es verlangt wenigstens zur Entstehung des Pfandrechts eine Forderung.

Andererseits hat das moderne deutsche Hypothekenrecht eine Form des Pfandrechts an unbeweglichen Sachen geschaffen, in der der accessorische Charakter abgestreift wurde, nämlich die Hyothek in Mecklenburg, Hamburg und Lübeck und die Grundschuld in Preussen.

Wir haben also zwei Arten des Immobiliarpfandrechts zu betrachten, eine, bei der, wenn auch geschwächt durch die formale Gestaltung als Zweck die Sicherung der Forderung hervortritt, das also, wenn auch nicht mehr im römischen Sinne, accessorisch ist, die Hypothek, und ein anderes selbständiges, bei dem von einer Forderung ganz abgesehen wird.

A. Die Hypothek nach den meisten Einzelrechten zeigt eine Vermischung von Abhängigkeit von der Forderung und von Selbständigkeit.

I. Sie ist einesteils abhängig von der Forderung, was daraus hervorgeht, dass sie

1. wie das römische Pfandrecht zu ihrer eigenen Entstehung das Vorhandensein oder gleichzeitige Entstehen einer giltigen Forderung vorausgesetzt[1]).

Auch hinsichtlich der Beschaffenheit des persönlichen Vermögensanspruchs gelten die Regeln des römischen Rechts[2]).

Es ist also auch heute eine Pfandbestellung möglich für eine befristete, bedingte, zukünftige Forderung. Ebenso ist die Pfandbestellung für eine nichtige Forderung wirkungslos, möglich dagegen für eine bloss natürliche.

Materiell müssen also zur Entstehung der Hypothek

1) Eigentums-Erwerbs-Gesetz § 19 Nr. 1.
Regelsberger S. 186 v. Bar. S. 54. Hypothek ist nicht eher entstanden, als nicht eine Forderung, deren Accessionen sie bildet, existent geworden ist.

2) Regelsberger S. 175.

dieselben Erfordernisse vorhanden sein wie im römischen Recht.

Formell dagegen ist die Entstehung der Hypothek durchgängig an die Eintragung in ein Hypotheken- oder Grundbuch verknüpft.

Alle römischen Entstehungsgründe sind dadurch nur Rechtstitel auf Eintragung geworden[1]).

Dem accessorischen Charakter der Hypothek entspricht es, dass das moderne Hypothekenrecht die Eintragung einer Hypothek nur für eine bestimmte Forderung zulässt. (Spezialität der Forderung)[2]).

Es ist daher Angabe des Schuldgrundes bei der Eintragung erforderlich[3]).

Lässt sich die Höhe der Forderung bei der Eintragung noch nicht bestimmen, z. B. bei einer Sicherheitshypothek, so ist wenigstens ein Betrag anzugeben, über den hinaus das Grundstück nicht haften soll[4]).

Dem accessorischen Charakter des Pfandrechts entspricht auch die Haftung des Pfandobjekts für die Zinsen der persönlichen Forderung. Dem Specialitätsprinzip zufolge beschränkt sich die Haftung auf die eingetragene Zinsverbindlichkeit[5]).

---

1) Sächsisches Gesetz § 3, 4.
Hannover'sches Gesetz § 6. Vergl. hierzu jedoch von Bar Seite 28.
Bairisches Gesetz § 1, 9, 10, 21. Regelsberger S. 29, 47. Eig. Ew.-Ges. § 18.

2) Regelsberger S. 132: „Damit ist das Eintragen von Hypotheken für bestimmte Beträge ohne Bezeichnung einer Forderung ausgeschlossen".

3) Eig.-Erw. Ges. § 19 Abs. 1.

4) Eig.-Erw. Ges. § 24. Bair. Ges. § 19. Regelsberger S. 184.

5) Hinsichtlich der Haftung für Zinsen bestehen in den einzelnen Hypothekenordnungen ziemliche Unterschiede. Vergl. etwa Regelsberger S. 354 ff. von Bar S. 62 ff. Eig.-Erwerbs-Ges. § 23, Siegmann S. 71, 72.

2) Entsprechend ihrer accessorischen Natur kann die Hypothek ohne den persönlichen Anspruch nicht übertragen werden; mit der Forderung geht daher auch die Hypothek über und umgekehrt. Das Preussische Eigentums-Erwerbs-Gesetz § 52 sagt: „Die Hypothek kann nur gemeinsam mit dem persönlichen Recht abgetreten werden".

Regelsberger S. 424, 425: „Das bairische Recht kennt nur eine Abtretung der durch Hypothek versicherten Forderung mit dem Hypothekenrecht, nicht eine Abtretung der Hypothek an sich.

Bairisches Gesetz § 53 Absatz 1: Der Gläubiger kann eine durch Hypothek versicherte Forderung mit dem Hypothekrecht ganz oder teilweise abtreten"[1]).

3. Die Abhängigkeit der Hypothek von der zu sichernden Forderung zeigt sich ferner darin, dass, wenn der Eigentümer des Grundstücks dieses für seine eigene Schuld verpfändete und die Hypothek noch mit den ursprünglichen Subjekten verknüpft ist, Einreden gegen die persönliche Forderung auch gegen die Hypothek zulässig sind[2]).

Klagt also der ursprüngliche Gläubiger oder dessen Universalsuccessor aus der Hypothek, so können von dem ursprünglichen Schuldner und dem, der die Schuld übernommen hat, alle Einreden, die dem persönlichen Schuldverhältnis entspringen, auch gegen die Klage aus der Hypothek unbeschränkt geltend gemacht werden. Diese Einreden sind auch dann zulässig, wenn ein dritter im Wege der Singularsuccession die Hypothek ohne Entgelt oder in Kenntnis der Einreden, die ihr entgegenstehen, erworben hat[3]).

---

1) Vergl. noch von Bar S. 107, Siegmann, Sächsisches Hypothekenrecht S. 102.

2) Stobbe S. 298. Regelsberger S. 397.

3) Dies folgt z. B. aus E. E. G. § 38.

II. Hier ist aber auch die Grenze, bis zu der die moderne Hypothek ihren accessorischen Charakter ungeschwächt, erhalten hat.

1. In der Hand des dritten Erwerbers, der die Hypothek gegen Entgelt ohne Kenntnis von Einreden erwarb, wird dieselbe ein ziemlich selbständiges Recht.

Die Zulässigkeit der Einreden ist in ähnlicher Weise beschränkt wie beim Wechsel[1]).

Seinen Grund hat dies in dem Oeffentlichkeitsprinzip, das den gutgläubigen dritten Erwerber im Interesse des Verkehrs und der Billigkeit schützen will gegen Nachteile, die daraus erwachsen könnten, dass er sich auf das Hypotheken- oder Grundbuch verlassen hat.

Hat also ein Dritter in gutem Glauben die Hypothek erworben, so sind Einreden aus der ursprünglichen persönlichen Forderung im Allgemeinen gegen die Hypothek unstatthaft; zulässig sind nur solche Einreden, die entweder

a) sich aus dem Hypotheken- oder Grundbuch ergeben[2]),

b) solche Einreden aus der Forderung, die dem Dritten beim Erwerbe der Hypothek bekannt waren[3]),

c) in dem persönlichen Schuldverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Beklagten begründet sind[4]),

---

1) Stobbe S. 298.

2) Bair. Ges. § 26, 4. „Wenn sein (des Schuldners) Widerspruch gegen die Forderung im Hypothekenbuche vorgemerkt ist".

3) Eig.-Erwerb.-Ges. § 38 Abs. 2. „Gegen die Klage aus einer Hypothek können Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis einen Dritten, der ein Recht auf die Hypothek gegen Entgelt erworben hat, nur entgegengesetzt werden, wenn sie ihm vorher bekannt waren oder sich aus dem Grundbuch ergeben".

4) Dies ergiebt sich aus dem § 38 Abs. 1 des E. E. G. der gegen die strengere und selbständigere Grundschuld diese Einreden zulässt, vorauszuschliessen ist, dass sie auch der Klage aus der Hypothek entgegenstehen.

Infolge ihres durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs hervorgerufenen formalen Charakters wird die Hypothek also durch den Uebergang auf einen entgeltlichen gutgläubigen Erwerber ein Recht von relativer Selbständigkeit — ein Forderungsrecht auf die eingetragene Summe gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks, das geltend gemacht werden kann, obwohl der unterliegende persönliche Anspruch materiellrechtlich vielleicht ganz unwirksam geworden ist.

Ueberträgt ferner der ursprüngliche Hypothekengläubiger seine Forderung an zwei Andere in der Weise, dass der Anspruch des ersten nicht eingetragen wird, wohl aber der des zweiten, so erwirbt der letztere die Hypothek — mit Rücksicht auf das Oeffentlichkeitsprinzip, — während er die Forderung nicht hat[1]).

Auch hier zeigt sich die formale Selbständigkeit der Hypothek im Gegensatz zu ihrem accessorischen Charakter

2) Das Prinzip der Spezialität der Forderung zeigt sich einmal darin, dass die Hypothek eine bestimmte Forderung zur Voraussetzung ihrer Entstehung hat; andererseits muss auch eine bestimmte Summe eingetragen werden, in deren Höhe das Grundstück haftet[2]).

Auch diese Bestimmung des modernen Hypothekenrechts beschränkt den accessorischen Charakter der Hypothek; nach römischem Rechte haftete das Pfand für die ganze Forderung; die heutige Hypothek sichert sie nicht mehr in der Höhe ihres Betrages, sondern nur für die eingetragene Summe, also für mehr oder weniger, je nachdem diese grösser oder kleiner ist als die persönliche Forderung[3]). Die Eintragung begründet also

1) Vergl. Regelsberger S. 169. Anm. 1. Windscheid § 331. Anm. 10.

2) Regelsberger S. 132. Eig. Erw. Ges. § 23.

3) Stobbe S. 299, 300. Nach der Grundbuchordnung § 46 ist insofern eine die Höhe der Forderung übersteigende Eintragung möglich, als der Grundbuchrichter wohl die Rechtsgiltigkeit der

ein relativ selbständiges Recht auf die eingetragene Summe; diese Erscheinung erklärt sich ebenfalls durch die formale Gestaltung der Hypothek.

3. Als accessorisches Recht müsste das Pfandrecht mit der Forderung, für die es bestellt ist, untergehen. Es hat aber schon das römische in wenigen Fällen aus Billigkeitsrücksichten trotz gänzlichen Untergangs der Forderung ein Fortbestehen des Pfandrechts anerkannt; das neuere Hypothekenrecht geht weiter und erhebt infolge seines formalen Charakters die Ausnahmefälle des römischen Rechts zur Regel. Grund hiefür ist das Oeffentlichkeitsprinzip. Einmal entstanden ist die moderne Hypothek hinsichtlich ihres Weiterbestehens von der zugrunde liegenden Forderung ganz unabhängig, erlischt also nicht durch deren Untergang, sondern nur durch Löschung im Hypotheken- oder Grundbuche[1]).

Hierin zeigt sich die Durchbrechung des accessorischen Charakters der Hypothek am stärksten; selbst wenn die Forderung vollständig untergegangen ist, besteht in allen Fällen, solange keine Löschung erfolgt ist, die Hypothek selbständig fort.

Alle früheren Erlöschungsgründe sind deshalb heute nur Titel, aus denen der Berechtigte Löschung der Hypothek beantragen kann.

Eintragungsbewilligung nach Form und Inhalt zu prüfen hat, nicht aber die des zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäfts". Handbuch des Rhein. Civilrechts S. 309.

1) Eig.-Erwerbs-Ges. § 57: Das Hypotheken- und Grundschuldrecht wird nur durch Löschung im Grundbuch aufgehoben.

Anders das bairische Hypotheken-Ges. § 71, § 83. Regelberger S. 278: „Es ist ferner ein Grundsatz unseres Hypothekengesetzes, dass nur materielle Ereignisse die Erlöschung des Hypothekenrechts herbeiführen und dass sie diese Wirkung ohne den formellen Akt der Löschung äussern, während dem letztern für sich tilgende Kraft nicht zukommt.

Vergl. auch v. Bar S. 118, 119.

Infolge dieser formalen Gestaltung des Untergangs der Hypothek ist es dem Eigentümer des verpfändeten Grundstücks möglich, nach Bezahlung der Schuld die Hypothek auf seinen Namen umschreiben zu lassen, so dass Eigentum am Grundstück und die darauf liegende Hypothek in einer Hand vereinigt sind (sog. Eigentümerhypothek)[1]).

Von der Eigentümerhypothek des römischen Rechts unterscheidet sich die heutige dadurch, dass nicht nur der dritte Verpfänder aus Billigkeitsrücksichten, sondern auch der Schuldner selbst, wenn er Eigentümer des Grundstücks ist, aus formalen Gründen ein Pfandrecht an eigener Sache haben kann.

So lange die Hyothek sich in den Händen des Eigentümers befindet, kann er sie nicht gegen sich selbst geltend machen, insbesondere nicht Zwangsvollstreckung in das Grundstück erwirken; alle ursprünglichen Rechte und Wirkungen aus der Hypothek treten aber wieder ein, sobald er dieselben an einen Dritten weitergiebt, so dass dieser wieder Gläubiger der eingetragenen Summe wird.

Ob die Eigentümerhypothek mit dem accessorischen Charakter der Hypothek in Einklang zu bringen ist, ob das Recht aus der persönlichen Forderung nur ruht und mit ihr das Pfandrecht, oder ob die persönliche Forderung untergeht und die Hypothek ein selbständiges Recht wird, ist sehr bestritten.

Das Eig.-Erw.-Ges. § 64 sagt nur, dass der Eigentümer in diesem Falle das Recht habe über die Hypothek zu verfügen.

---

1) Eig.-Erw.-Ges. § 64. „Der eingetragene Eigentümer ist berechtigt, auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung des Gläubigers die Post auf seinen Namen einschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen".

Für die Selbständigkeit spricht der Umstand, dass Niemand sein eigener Gläubiger sein kann. Die Forderung geht durch Konfusion unter, dem Eigentümer bleibt also nur noch die Hypothek, die so ein selbständiges, von der ursprünglichen Forderung losgelöstes Recht gegen den jedesmaligen Eigentümer des Grundstücks auf die eingetragene Summe geworden ist.

B. Neben der, wie wir gesehen, auch heute noch im Wesentlichen accessorischen Hypothek hat die moderne Hypothekengesetzgebung Pfandrechte von durchaus selbständigem Charakter geschaffen.

Es sind dies die Mecklenburger Hypothek, die Hypothek in Hamburg und Lübeck und die Grundschuld in Preussen.

1. Die Mecklenburger Rev. Stadtbuchordnung § 19 Ziff. 1 stellt den Satz auf:

„Durch die Eintragung einer Hypothek im Hypothekenbuche entstehen nicht blosse Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden, *sondern selbständige dingliche Belastungen des Grundstücks*".

Es wird also eine Forderung zur Entstehung der Hypothek nicht vorausgesetzt, da die Eintragung eines Schuldgrundes nicht erforderlich ist, vielmehr wird die Selbständigkeit der Hypothek ausdrücklich anerkannt[1]).

Es ist so dem Eigentümer möglich, durch Bestellung einer Hypothek ein Recht ausschliesslich gegen das Grundstück zu begründen[2]).

Aus den Worten der Stadtbuchordnung „entstehen *nicht blosse* Sicherheitsrechte" ergiebt sich, dass die Hypothek nebenbei auch der Sicherung einer persönlichen Forderung dienen kann[3]).

1) „Ein späterer Eigentümer des belasteten Grundstück ist als solcher für seine Person nicht verhaftet".

2) Stobbe S. 302.

3) von Meibom S. 100.

Es hängt dies von der Verabredung der Parteien ab.

Auch die Mecklenburger Hypothek kann also, wenn die Parteien dies wollen, im Rahmen ihrer formalen Selbständigkeit accessorisch in dem Sinne sein, dass sie zur Sicherheit einer *neben ihr* bestehenden Forderung bestellt werden kann[1]); ein accessorisches Element liegt ferner darin, dass ihr, wenn auch nur in sehr beschränktem Masse, Einreden entgegenstehen können, z. B. unter gewissen Voraussetzungen die Einrede des nicht empfangenen Geldes[2]).

2. Auch das Hamburger Gesetz über Grundeigentum und Hypotheken vom 4. Dez. 1868 spricht bei der Entstehung der Hypothek nicht von einer Forderung, die gesichert werden soll.

Durch die Eintragung entsteht vielmehr ein selbständiges Recht und zwar zunächst eine dingliche Belastung des Grundstücks: „Grundstücke können in den Hypothekenbüchern künftig nur mit festbestimmten in Geldsummen dargestellten Kapitalposten oder dauernden Renten belastet werden".

Durch die Eintragung entsteht aber auch ein selbständiges Recht auf Bezahlung der eingetragenen Summe durch den Grundeigentümer: „Jeder in die Hypothekenbücher eingetragene Kapitalposten begründet bis zum Beweise einer entgegenstehenden Verabredung auch die persönliche und verzinsliche Schuldverbindlichkeit des Grundeigentümers gegen den Hypothekgläubiger".

Die persönliche Haftung des Eigentümers ist jedoch nur eine subsidiäre, indem sie nur geltend gemacht werden kann, wenn der Gläubiger durch Zwangsvollstreckung nicht vollständig befriedigt worden ist.

Jedenfalls ist aber die Hypothek in Hamburg ein selbständiges, von einer Forderung unabhängiges Recht.

1) von Meibom S. 100.
2) Iherings Jahrbücher XI. S. 52.

In gleicher Weise ist die Hypothek ebenfalls in Anlehnung an das ältere deutsche Recht in Lübeck gestaltet worden.

3. Unabhängig von einer Forderung und somit ein selbständiges Recht ist auch die Grundschuld in Preussen, mag man im Uebrigen ihren Begriff bestimmen, wie man will.

Er zeigt sich darin, dass

a) zur ihrer Entstehung eine Forderung nicht vorhanden zu sein braucht, und daher ein Schuldgrund in das Grundbuch nicht eingetragen wird[1]).

Es kann

b) Der Grundeigentümer auf seinen Namen eine Grundschuld eintragen lassen, was unmöglich wäre, wenn sie begrifflich eine Forderung voraussetzte, da man sein eigener Gläubiger nicht sein kann[2]).

Ferner ist

c) eine Blankoabtretung der Grundschuld möglich, da letztere ein persönliches Schuldverhältnis nicht voraussetzt, sondern sich in dem Grundschuldbrief verkörpert[3]).

d) Es ist möglich, eine Hypothek in eine Grundschuld zu verwandeln, d. h. sie von dem persönlichen Schuldverhältnis los zu lösen und selbständig zu machen, nicht aber umgekehrt[4]).

Dem selbständigen und formalen Charakter der Grundschuld wäre es angemessen, wenn gegen sie gar keine Einreden zulässig wären. Das preussische Gesetz hat aber diese Folgerung aus dem Charakter der Grund-

---

1) Eig.-Erw. Ges. § 19. Abs. 1.

2) Eig.-Erw. Ges. § 27. „Der Eigentümer kann auf seinen Namen Grundschulden eintragen und sich Grundschuldbriefe ausfertigen lassen."

3) Eig. Erw. Ges. § 55. Grundschulden können ohne Nennung des Erwerbers abgetreten werden.

4) E. E. G. § 29.

schuld nicht gezogen[1]), sondern dieselben Einreden, die der Hypothek entgegenstehen, als auch gegen die Grundschuld zulässig erklärt, mit der einzigen unbedeutenden Ausnahme, dass dem unentgeltlichen Erwerber der Grundschuld Einreden aus der Person des ersten Gläubigers nur dann entgegenstehen, wenn sie ihm bekannt waren, während sie bei der Hypothek dem unentgeltlichen Erwerber gegenüber unbeschränkt geltend gemacht werden können[2]).

In dieser Hinsicht hat also auch die Grundschuld ein accessorisches Element. Sie kann auch der Sicherung einer Forderung dienen[3]).

Verfolgen wir den Entwickelungsgang des Pfandrechts vom römischen bis zum heutigen deutschen Recht, so sehen wir, dass die ursprüngliche Abhängigkeit von der Forderung sich gelockert hat und teilweise verloren gegangen ist.

Die römischen Juristen haben im Hinblick auf seinen nächsten Zweck das Pfandrecht logisch und künstlerisch als ein accessorisches Recht gestaltet; das moderne Recht, den Forderungen des Verkehrs Rechnung tragend, hat aus praktischen Gründen den accessorischen Charakser geschwächt und bei der selbständigen Hypothek und der Grundschuld von dem Erfordernis eines persönlichen Anspruchs als einer Grundlage des Rechts ganz abgesehen, um dem Eigentümer eine leichte Ausbeutung seines Realkredits zu ermöglichen.

Die aus modernen Handels- und Verkehrsverhält-

---

1) Eig. Erw. Ges. § 38.

2) Förster, Grundbuchrecht S. 200.

3) Rheinisches Civilrecht. S. 327.

nissen emporgewachsene Grundschuld bezeichnet die letzte Stufe im Entwickelungsgang, den das Pfandrecht in Abstreifung seiner accessorischen Natur genommen hat.

Für das bürgerliche Gesetzbuch ist daher von vielen Seiten die Verschmelzung der Hypothek und Grundschuld zu einem selbständigen, von der Forderung unabhängigen Recht gefordert worden.

Verlangt nun einerseits die moderne, grosse Kapitalien erfordernde Bewirtschaftung des Bodens in Ländern mit Grossgrundbesitz ein Institut, das, wie die Grundschuld, eine leichte Ausnutzung des Realkredits und bequeme Uebertragung des Rechts ermöglicht, so ist andererseits die wirtschaftliche Bedeutung der die Sicherheit einer Forderung bezweckenden Hypothek besonders in Ländern mit parzelliertem Grundbesitz nicht zu unterschätzen.

Diesem praktischen Bedürfnis entsprechend hat der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches neben der Grundschuld auch die accessorische Hypothek bestehen lassen.

Angabe der benutzten Schriftwerke.

1) Windscheid, Pandekten I., 6. Auflage, 1887.
2) Vangerow, Lehrbuch der Pardekten I., 7. Auflage, 1863.
3) Brinz, Lehrbuch der Pandekten I., 1857.
4) Baron, Pandekten, 8. Auflage, 1893.
5) Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischeu Rechts.
6) Bachofen, Das römische Pfandrecht I., 1847.
7) Sintenis, Handhuch des gemeinen Pfandrechts 1836.
8) Gesterding, Lehre vom Pfandrecht nach den Grundsätzen des römischen Rechts, II. Auflage 1831.
9) Schott, Ueber die accessorische Natur des Pfandrechts. Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen Rechts 1871.
10) Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach römischem Recht.
11) Schwanert, Die Naturobligationen des römischen Rechts 1861.
12) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. V. 1841.
13) Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte. 3. Aufl. 1836.
14) Weber, Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtliche Wirkung. 5. Auflage. 1825.
15) Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung. 1856.
16) Francke, Civilistische Abhandlungen 1825.
17) Schweppe. Das römische Privatrecht, 1828.
18) Hartmann, Die Obligation, 1875.
19) Büchel, Civilrechtliche Erörterungen. II. 1836.
20) Archiv für civilistische Praxis. Band 26.
21) Bechmann, Das römische Dotalrecht. I. 1863.
22) Wening, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 1837.
23) Thibaut, Civilrechtliche Abhandlungen. 1814.
24) Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Bd. 20. 1844.
25) Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Band XIV, 1813, Band XVIII. 1816, Band XIX, 1817.

26) Buchholtz, Versuche über einzelne Teile der Theorie des heutigen römischen Rechts. 1831.
27) Stobbe, Handbuch des römischen Privatrechts. II. 1875.
28) Gengler, Das deutsche Privatrecht, 4. Aufl. 1892.
29) Gerber, System des deutschen Privatrechts. 16. Aufl. 1891.
30) Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. I. 3. Aufl. 1893.
31) Regelsberger, Das bayerische Hypothekenrecht. 1871.
32) v. Bar, Das hannöversche Hypothekenrecht. 1871.
33) v. Meibom, Das mecklenburgische Hxpothekenrecht. 1871.
34) Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts. III. Bd. 5. Aufl. 1887.
35) Cretschmar, Rheinisches Civilrecht. 3. Aufl. 1892.
36) Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 21. 1879.
37) Jahrbücher für Dogmatik. XI. 1871.
38) Dernburg, Das preussische Privatrecht.
39) Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Bd. VII. 1888.
40) Handbuch des rheinischen Civilrechts. 2. Aufl.

Inhaltsübersicht.

Der accessorische Charakter des Pfandrechts nach römischem Recht.

Einleitung. Das Pfandrecht unterscheidet sich von den übrigen dinglichen Rechten durch Inhalt und Zweck.

Ausführung. Sein Zweck ist Sicherung der Forderung. Im römischen Recht ist diese Existenzbedingung des Pfandrechts. Daraus folgt:

I. Pfandgläubiger kann nur der Gläubiger der Forderung sein.

II. Ohne Forderung kann das Pfandrecht nicht entstehen; ist daher diese

1) befristet,
2) bedingt,
3) zukünftig,

so ist es auch das dafür bestellte Pfandrecht.

III. Untergang der Forderung hat Untergang des Pfandrechts zur Folge. Aus Billigkeitsrücksichten haben jedoch die Römer in einzelnen Fällen im Gegensatz zu dem accessorischen Charakter des Pfandrechts das letztere fortdauern lassen, obwohl die unterliegende Forderung untergegangen war. Die Fälle sind bereits solche, in denen es ganz ohne Forderung fortbestehen kann, teils solche in denen es auf eine andere Forderung übertragen wird.

A. Ganz ohne Forderung besteht es fort

1) wenn diese durch Verjährung untergegangen ist,
2) in zwei Fällen der Konfusion der Forderung:
   a) der Pfandgläubiger ist vom Schuldner zum Erben eingesetzt, aber mit einem Universalvermächtnis belastet worden,
   b) der Bürge des Schuldners, der für seine Bürgschaftsschuld ein Pfand bestellt hat, hat den Schuldner zum Erben eingesetzt.

B. Auf eine andere Forderung kann, zur Wahrung des Ranges, das Pfandrecht übertragen werden

1) im Fall der Novation,

2) wenn ein Dritter Geld zur Befriedigung des Gläubigers giebt,

3) wenn der nachstehende Pfandgläubiger, dem ausserdem noch ein Pfandrecht an einer andern Sache zusteht, in deren Verkauf einwilligt, damit der vorstehende befriedigt werde,

4) wenn jemand die Pfandsache kauft und aus dem Erlös der vorstehende Pfandgläubiger bezahlt wird,

5) im Fall des ius offerendi.

Abweichende Ansichten, wonach Forderung *und* Pfandrecht übergehen, oder beide untergehen und ein neues Pfandrecht bestellt wird.

IV. Ist die Forderung ungiltig, so ist es auch das Pfandrecht.

1) Die Forderung ist nichtig; ebenso das Pfandrecht.

2) die Forderung ist anfechtbar,

a) durch exceptio rei cohaerens; es ist zu unterscheiden

α) exceptio steht jedem zu. Pfandbestellung nichtig,

β) exceptio steht zu dem Hauptschuldner und denen, die Regress gegen ihn haben. Verpfändung unwirksam,

b) durch exceptio personae cohaerens. Verpfändung giltig, wenn sie nicht vom Schuldner ausgeht.

3) Bestellt Jemand wissentlich für eine ungiltige Forderung ein Pfand und geht

a) der Wille des Verpfändenden auf Begründung einer neuen Forderung, so entsteht mit dieser auch das Pfandrecht.

b) will dagegen der Verpfänder die alte Forderung nur bestätigen, so entsteht kein Pfandrecht.

4) Ueberhaupt können alle Einreden gegen die Forderung auch gegen das Pfandrecht geltend gemacht werden.

V. Es genügt als Grundlage des Pfandrechts eine Naturalobligation. In diesem Fall erzeugt das Pfandrecht nicht nur ein Retentionsrecht, sondern ist vollwirksam.

Ausnahmen:

1) wenn die Klaglosigkeit der Obligation in odium creditorum eingeführt worden ist,
2) wenn ein Schuldner mit Unrecht freigesprochen wird.

VI. Mit der Forderung geht auch das Pfandrecht auf jeden neuen Gläubiger über:

1) die Forderung wird durch Singularsuccession übertragen,
2) sie geht durch Universalsuccession über.
3) In zwei Fällen kann Jemand, der dem Gläubiger Befriedigung anbietet, Abtretung der Pfandforderung verlangen:
   a) der ausgeklagte Bürge,
   b) der auf Herausgabe der Pfandsache belangte rechtmässige Pfandbesitzer.

VII. Aendert sich die Forderung, so folgt das Pfandrecht ihr in die neue Gestalt:

1) Sie verwandelt sich in das Interesse,
2) sie vergrössert sich,
3) sie wird kleiner,
4) sie spaltet sich,
5) es treten Nebenforderungen hinzu,
6) Anstelle der beabsichtigten Obligation entsteht eine andere.

Der accessorische Charakter des Pfandrecht nach modernen Hypothekenordnungen.

Derselbe ist teilweise gesschwächt, teilweise abgestreift.

A. Geschwächt in der Hypothek.

I. Diese ist accessorisch;

1) zu ihrer Entstehung muss eine Forderung vorhanden sein,
2) sie kann ohne Forderung nicht übertragen werden,
3) solange sie mit den ursprünglichen Subjekten verknüpft ist, können Einreden gegen die Forderung auch der Hypothekenklage gegenüber geltend gemacht werden.

II. Die ist selbständig:

1) In der Hand Dritter sind die Einreden beschränkt,
2) das Pfandobjekt haftet für die Forderung nur in Höhe der eingetragenen Summe.
3) Sie geht nicht durch Wegfall der Forderung unter, sondern nur durch Löschung. Hierauf beruht die Eigentümerhypothek.

B. Der accessorische Charakter ist abgestreift:

I. Bei der Mecklenburger Hypothek,
II. Bei der Hypothek in Hamburg und Lübeck,
III. Bei der Grundschuld in Preussen.

Diese kann:

1) ohne Forderung entstehen,
2) der Grundeigentümer kann sie auf seinen Namen eintragen lassen,
3) Blankoabtretung derselben ist zulässig,
4) eine Hypothek kann in eine Grundschuld umgewandelt werden, nicht aber umgekehrt.

Ergebnis. Im Römischen Recht war das Pfandrecht accessorisch; im heutigen deutschen Recht besteht neben der accessorischen Hypothek ein selbständiges Pfandrecht. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches hat beide beibehalten.